



**PROCEDÊNCIA : SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO  
ECONÔMICO DE MINAS GERAIS**

**INTERESSADO: UNIDADE CENTRAL DE PPP**

**PARECER: 15.238**

**DATA: 1º de abril de 2013**

**ASSUNTO: PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – EDITAL DE LICITAÇÃO  
– CONCORRÊNCIA A SER JULGADA MEDIANTE  
CRITÉRIO MENOR VALOR – SELEÇÃO DA PROPOSTA  
MAIS VANTAJOSA PARA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA  
DESTINADA À IMPLANTAÇÃO, OPERAÇÃO E  
MANUTENÇÃO DAS UNIDADES DE ATENDIMENTO  
INTEGRADO (UAI), EM MUNICÍPIOS DE MINAS GERAIS.**

**1 – RELATÓRIO:**

A Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais, por meio de sua Unidade Central de PPP, encaminha para análise e parecer desta Consultoria Jurídica, minuta de edital de licitação na modalidade de concorrência, a ser julgada pelo critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública, com vistas à seleção da proposta mais vantajosa para contratação de parceria público-privada na modalidade de concessão administrativa, para implantação, operação e manutenção das Unidades de Atendimento Integrado (UAI), nos municípios de Araucaí, Barbacena, Belo Horizonte, Caratinga, Contagem, Coronel Fabriciano, Curvelo, Diamantina, Divinópolis, Lavras, Muriaé, Paracatu, Passos, Patos de Minas, Poços de Caldas, Ponte Nova, Pouso Alegre, São João Del Rei, São Sebastião do Paraíso, Sete Lagoas, Teófilo Otoni e Uberaba, em conformidade com a Lei Federal nº 11.079/2004 e a Lei Estadual nº 14.868/2003.

Acompanham o edital os seguintes anexos, para análise: Anexo I - Minuta de Contrato; ANEXO I – Modelo de Termo de Arrolamento e Transferência de Bens; ANEXO II – Pagamento da Concessionária e Sistemas de Incentivos – PACS; ANEXO III – Sistema de Implantação, Gestão, Manutenção e Operação das UAI – SIGMO; ANEXO IV – Sistema de Reequilíbrio Econômico-Financeiro; ANEXO V – Diretrizes para o Licenciamento Ambiental.

É o breve relatório.



## 2 – PARECER:

A parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa, regida pela Lei Federal nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada pela Administração Pública e, no âmbito estadual, pela Lei nº 14.868/03, que dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas.

A Lei Federal nº 11.079/04 define a concessão na modalidade administrativa, como sendo **“o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”**, e, mais, deixa claro que **“não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. (...)”** (g.n.)

Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>1</sup>, em análise do referido dispositivo legal, bem esclarece o alcance da ‘terceirização’ ora admitida, *in verbis*:

*“a. em primeiro lugar, o artigo 2º, §2º, ao falar em “serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta”, implicitamente admite a prestação de serviços a terceiros; com efeito, quando o dispositivo fala na Administração como usuária direta, pode-se imaginar qualquer dos serviços prestados diretamente a ela, previstos nos artigos 6º,II, e 13 da Lei 8666; porém, quando se fala em usuária indireta, está-se pressupondo que os usuários diretos sejam terceiros aos quais a Administração Pública presta serviços públicos (...)*

*b. em segundo lugar, o artigo 4º, III, só exclui dos objetos das parcerias público-privadas as atividades que sejam exclusivas do Estado; dentre as não exclusivas, algumas somente poderão ser objeto de concessão patrocinada (que permite cobrança de tarifa dos usuários), o que significa que as outras só poderão ser objeto de concessão administrativa (quando não haja possibilidade de cobrar tarifa dos usuários) (...)*

*Trata-se de terceirização de serviços públicos. Não é simplesmente a terceirização sob forma de empreitada de obra, de serviço ou de fornecimento (porque isto está vedado expressamente pelo artigo 2º, §4º, III, da Lei 11.079). É a terceirização da gestão do serviço, podendo ou não envolver obra, fornecimento e instalação de bens.”*

A Lei Estadual nº 14.868/03, por sua vez, dispõe que **“As parcerias público-privadas de que trata esta Lei constituem contratos de colaboração entre o Estado e o particular por meio dos quais, nos termos estabelecidos em cada caso, o ente privado**

<sup>1</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas S.A., p168/169, 2005.



*participa da implantação e do desenvolvimento de obra, serviço ou empreendimento público, bem como da exploração e da gestão das atividades deles decorrentes, cabendo-lhe contribuir com recursos financeiros, materiais e humanos e sendo remunerado segundo o seu desempenho na execução das atividades contratadas.”*  
(g.n.)

Nos dizeres de Marçal Justen Filho,<sup>2</sup> em sua obra intitulada “Curso de Direito Administrativo”, a parceria público-privada é

*“(…) um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.”*

Trata-se, portanto, de um contrato que estabelece vínculo obrigacional entre a Administração Pública e a iniciativa privada, visando à implementação ou gestão, total ou parcial, de obras, serviços ou atividades de interesse público, em que o parceiro privado assume a responsabilidade pelo financiamento, investimento e exploração do serviço, com observância tanto aos princípios administrativos gerais, como aos princípios específicos desse tipo de parceria.

E, para que o instituto da PPP possa, efetivamente, atingir os objetivos a que se propõe, é imprescindível que o parceiro privado acredite que o Estado irá cumprir as obrigações contraídas no contrato de parceria, e que, caso haja algum descumprimento, disporá de meios eficazes e rápidos para executar as garantias oferecidas, com ressarcimento, pois, de seus prejuízos.

Esta confiabilidade, necessária para que o investidor privado venha fazer o aporte de recursos encontra-se delineada na lei de parcerias, através do compartilhamento dos riscos e do oferecimento de garantias específicas.

No que tange ao compartilhamento dos riscos, os contratos de PPP envolvem, via de regra, quantias vultosas e são celebrados a longo prazo, o que contribui para a existência de um elevado número de riscos e de diversas naturezas. Não é pretensão desses contratos a extinção dos riscos, mas, sim, mantê-los em níveis toleráveis que dê tranquilidade a ambos os parceiros. Assim, caberá ao Poder Público buscar administrar esses riscos, minimizando-os ou mesmo transferindo-os, de modo a atrair o interesse do parceiro privado e, ao mesmo tempo, assegurar o interesse público. Cabe, pois, ao Poder Público definir quais os riscos que assumirá e quais os riscos que incidirão sobre o parceiro privado, de forma objetiva, a fim de que o parceiro privado possa avaliar se está disposto a com eles arcar.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 549.



Em relação às garantias, essas buscam dar tranquilidade aos investidores privados, para que, na hipótese de inadimplência por parte do ESTADO, eles não venham a ter que percorrer o longo caminho dos precatórios.

Nos termos da Lei Estadual nº 14.868/2003, a parceria público-privada é admitida no âmbito estadual nas seguintes áreas : I–educação, saúde, assistência social; II–transportes públicos; III–saneamento básico; IV–segurança, sistema penitenciário, defesa e justiça; V–ciência, pesquisa e tecnologia; VI–agronegócio, especialmente na agricultura irrigada e na agroindustrialização; VII–outras áreas públicas de interesse social ou econômico.

E o mesmo artigo 5º, ao indicar as atividades que podem ser objeto de parceria, inclui a *“implantação e a gestão de empreendimento público, incluída a administração de recursos humanos, materiais e financeiros”*.

Neste contexto, é que, no presente caso, pretende-se a seleção da *“proposta mais vantajosa para concessão administrativa destinada à implantação, gestão, operação e manutenção de UNIDADES DE ATENDIMENTO INTEGRADO (UAI)”*, que consistem, em síntese, na oferta de serviços públicos e privados aos cidadãos (*ex vi*, a emissão de carteira de identidade), dentro de um modelo integrado de atendimento, observadas as diretrizes, critérios técnicos e indicadores de desempenho estabelecidos pelo ESTADO.

Evidentemente que o objeto da licitação não abarca a edição de atos jurídicos com fundamento em poder de autoridade de natureza pública, nem a delegação de atribuições exclusivas do Poder Público, tão somente o suporte técnico, material e operacional dos SERVIÇOS UAI, conforme se depreende do item 4.3 do edital.

Considerando, pois, os serviços que serão prestados aos cidadãos nos Postos UAI, evidencia-se, aqui, tratar-se de concessão para prestação de serviços públicos a terceiros, no caso, aos *“usuários UAI”*, definidos no edital como *“qualquer pessoa, física, ainda que representante de pessoa jurídica, que venha a demandar os SERVIÇOS UAI”*.

*In casu*, pois, pode-se dizer que o ESTADO, na qualidade de PODER DE CONCEDENTE, é tido como o usuário indireto de um serviço prestado à coletividade (usuários diretos), evidenciando-se, assim, tratar-se da concessão administrativa prevista no §2º do art. 2º da Lei Federal nº 11.079/04 e autorizada no art.5º, da Lei Estadual nº 14.868/2003.

Passemos, pois, à análise da minuta do Edital de Licitação e seus anexos.

## **2.1. DO EDITAL**

TK



De início, o edital noticia que o objeto do contrato que se pretende firmar encontra-se previsto no Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais, por meio do Decreto nº 45.875, de 30 de dezembro de 2011, conforme Deliberação nº 01, de 23/03/2012, do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais, em cumprimento ao requisito formal previsto no art.12, §1º, da Lei nº 14.868/03. Ainda, noticia que se realizou audiência pública no dia 14/11/2012, nos termos do art.39 da Lei Federal nº 8.666/93, e que houve consulta pública, nos termos do art.10, VI, da Lei Federal nº 11.079/2004, no período de 14/09/2012 a 21/10/2012.

O edital adota a licitação na **modalidade de concorrência**, prévia à contratação da parceria público em questão, o que se encontra em conformidade com o art. 10 da Lei Federal nº 11.079/04.

No preâmbulo da minuta do edital, são arroladas as legislações aplicáveis à presente licitação. Observe-se o que determina a Lei Federal nº 11.079/04, em seu art. 3º, *in verbis*:

*“Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhe, adicionalmente, o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art.31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.”*

No mesmo sentido, o art. 12 da Lei nº 14868/03:

*“Art. 12. Os instrumentos de parceria público-privada previstos no art. 11 desta Lei reger-se-ão pelas normas gerais do regime de concessão e permissão de serviços públicos e de licitações e contratos e atenderão às seguintes exigências: (...)”*

Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>3</sup>, em obra já mencionada neste parecer, assim discorre a respeito da legislação aplicável às parcerias público-privadas:

*“A Lei nº 11.079/04, da mesma forma que a Lei nº 8987/93, não estabelece o procedimento a ser adotado para realização da concorrência, limitando-se, nos artigos 11 a 13, a estabelecer algumas normas específicas que complementam ou derrogam parcialmente as Leis nº 8.666/93 e 8987/95. Além disso, o artigo 12 determina expressamente que o certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos.”*

<sup>3</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas S.A., p188.. 2005.



Rege-se, portanto, a presente concorrência, pelas leis mencionadas acima, ressaltando-se, ainda, as demais legislações pertinentes ao objeto da concessão.

Conforme já apontado, o edital define o objeto da licitação, como sendo “*a concessão administrativa para a implantação, operação e manutenção das UNIDADES DE ATENDIMENTO INTEGRADO (UAI), em municípios de Minas Gerais*”, agrupados em três lotes de licitação. As diretrizes, as especificações técnicas das UAI e os requisitos mínimos da prestação dos serviços encontram-se descritos no ANEXO III do edital.

A licitação terá como critério de julgamento o menor valor pago pelo PODER CONCEDENTE, por atendimento, quer dizer, o menor valor padrão de atendimento apresentado pelos proponentes, de acordo com o art.12, II, “ã”, da Lei Federal nº 11.079/2004.

O valor estimado do contrato “*corresponde ao valor calculado com base na soma do teto do valor da parcela mensal da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA*”, ressaltando-se que o edital cuidou de prever o crédito orçamentário por conta do qual correrá a despesa.

O prazo de vigência - 17 anos, contados da publicação do contrato-, encontra-se em conformidade com a legislação (art.2º, §4º, da Lei Federal nº 11.079/04 e art.5º, §2º, IV, da Lei nº 14.868/2003).

Adverte-se, apenas, que o prazo de vigência definido para o contrato deve ser compatível com a amortização dos investimentos a serem realizados pela CONCESSIONÁRIA, conforme dispõe o art.5º, inciso I, da Lei Federal nº 11.079/2004, **o que deve ser demonstrado nos estudos técnicos econômicos que fundamentam a presente PPP**. Eventual prorrogação, por sua vez, deve observar ao limite máximo previsto na legislação.

Eventual atraso na execução do objeto do contrato, imputável ao ESTADO acarretará automática prorrogação dos prazos previstos no contrato, pelo mesmo período de duração da paralisação, recompondo-se, assim, os prazos originalmente contratados, sem prejuízo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se for o caso. Lado outro, os atrasos imputáveis à CONCESSIONÁRIA não geram recomposição dos prazos originais e podem, igualmente, implicar em reequilíbrio econômico financeiro do contrato em favor do ESTADO.

O edital admite a participação de licitantes reunidas em consórcio, em conformidade com os arts. 19 e 20<sup>4</sup> da Lei Federal nº 8.987/95.

---

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio;

III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada;

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

§ 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.



Segundo Marçal Justen Filho, “A complexidade dos objetos licitados determina a natureza do consórcio. Usualmente, há consórcios heterogêneos quando a execução do objeto pressupõe multiplicidade de atividades empresariais distintas. Isso se passa especialmente no tocante a concessões de serviço público. Nesses casos, a ausência de permissão de atuação de consórcios produziria enormes dificuldades para participação do certame. Configura-se hipótese em que admitir participação de consórcios é imprescindível, sob pena de inviabilizar a competição.” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, editora Dialética, p.370)

De fato, considerando o objeto da presente licitação, que engloba a realização de obras de instalação das Unidades UAI, além da prestação dos serviços públicos aos cidadãos, pode ocorrer de uma única licitante não ter capacidade para realizar todo o objeto a contento. Daí porque o edital, visando à ampliação da competitividade, admite a união de empresas em consórcio, e, ainda, a subcontratação de parcela do objeto, desde que acessória ou complementar à execução do objeto contratual, nos termos do art.25 da Lei Federal nº 8.987/95.

A licitação será processada e julgada com inversão das fases de habilitação e de julgamento, nos termos em que autorizado pela legislação (art.13 da Lei Federal nº 11.079/2004 e art.18-A da Lei Federal nº 8.987/95).

Com efeito, primeiro, tem-se a fase de julgamento das propostas comerciais, seguida da fase de habilitação.

O Edital prevê a entrega simultânea de três envelopes pelos licitantes: Envelope 1 – Documentos de Credenciamento e Garantia de Proposta; Envelope 2 – Proposta Comercial; Envelope 3 - Documentos de habilitação.

A garantia de proposta a ser oferecida pela licitante é fixada à razão de 1% do valor estimado do contrato, para cada lote de licitação, conforme autorizado pelo art.31, III, da Lei nº 8.666/93. As modalidades de garantia, por sua vez, encontram-se de acordo com o art.56, §1º, da Lei nº 8.666/93. Cite-se, por oportuno, a Lei nº 11.079/04, na matéria:

*“Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no*

---

§ 2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

DM



*que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:*

***I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31<sup>5</sup> da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;” (g.n.)***

Na proposta comercial, caberá ao licitante apresentar o VALOR PADRÃO DO ATENDIMENTO pretendido para a prestação dos serviços objeto da licitação, e, ao fazê-lo, deverá considerar todos os investimentos, custos e despesas atinentes ao cumprimento do objeto da licitação, devidamente programados ao longo da vigência da concessão, além de todo e qualquer ativo necessário à perfeita implantação, operação e manutenção das UAI na forma prevista nos Anexos ao EDITAL.

Neste contexto, deverá considerar os recursos humanos, uniformes e materiais para a operação das UAI, serviços de manutenção predial, descontos resultantes da aplicação do COEF, todos os tributos incidentes sobre execução do objeto da licitação, os investimentos em ampliação, atualizações tecnológicas que se fizerem necessárias ao longo do contrato e demais itens necessários ao perfeito cumprimento do contrato. Inclusive, o edital exige que a proposta comercial se dê com comprometimento expreso da licitante de que utilizará as equipes técnica e administrativa e todos equipamentos que forem necessários para a perfeita execução dos serviços e obras objeto da concessão, nos prazos programados, além de substituir ou aumentar a quantidade dos equipamentos e do pessoal, sempre que assim seja necessário para manter níveis adequados dos indicadores de qualidade e de desempenho ou quando seja exigido pelo PODER CONCEDENTE.

Note-se que não basta que o licitante proponha o VPA, eis que o edital exige que apresente os planos e metodologias que serão empregados para tanto, consubstanciados nos Quadros previstos no item 14.1(Projeções de demanda; Capital Social; as Projeções de custos e despesas, incluindo as despesas operacionais, depreciações e amortizações, despesas tributárias e outras de natureza operacional e não operacional; as Projeções de desembolsos com investimentos, Demonstração de resultados projetados, Fluxo de caixa projetado e Balanço Patrimonial projetado).

Importa ressaltar que as projeções de demanda (Quadro 1) poderão ser apresentadas com base em estudos próprios de demanda ou a partir daqueles realizados pelo ESTADO, sendo que, em um ou outro caso, não vinculam o PODER CONCEDENTE, que não é obrigado a assegurar a ocorrência dos quantitativos de demanda projetados.

Ressalte-se que o ESTADO não pretende avaliar o mérito dos planos e metodologias de trabalho empregadas, pontuando-as. Pelo contrário, ao exigir a apresentação dos Quadros previstos no item 14.1 do edital, pretende apenas se

<sup>5</sup> Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

TM<sub>8</sub>





resguardar de licitantes aventureiros, afastando as propostas que lhe pareçam inexecutáveis.

Como ensina Marçal Justen Filho,

*“Destaca-se que proposta de metodologia não se confunde com proposta técnica. (...) É perfeitamente possível proposta de metodologia em licitação de menor preço. É que o julgamento da licitação de melhor técnica ou de técnica e preço faz-se através de avaliação qualitativa de proposta técnica. Quanto melhor a proposta técnica, maior a sua pontuação. Já a proposta de metodologia não será objeto de pontuação para fins de definição do vencedor. Apenas se avalia se a metodologia proposta é aceitável. Todas as metodologias aceitáveis são tratadas igualmente e se escolhe a proposta vencedora apenas pelo critério de menor preço”. (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª Ed., p.532)*

Neste contexto, é que o edital não cuidou de trazer critérios objetivos para análise dos Quadros que acompanham a proposta comercial, já que não haverá avaliação qualitativa dos planos e metodologias empregados. Aliás, a melhor proposta será aquela que apresentar o menor Valor Padrão por Atendimento–VPA, critério esse, de fato, objetivo.

De todo modo, não se pode descartar a possibilidade de o ESTADO se deparar com a necessidade de desclassificar, por ausência de plausibilidade dos planos e metodologias representados nos Quadros que acompanham a proposta comercial, e, neste caso, eventual desclassificação exigirá do ESTADO **ampla motivação de ordem técnica**, fundada em **parâmetros objetivos**, o que, portanto, merece ser avaliado.

O item 14.8.2 do edital traz o teto máximo para o VPA, considerado cada lote da licitação, limite esse estabelecido nos termos do inciso X, do art.40 da Lei Federal nº 8.666/93. **Não custa ressaltar que o teto estabelecido no edital merece ser justificado nos autos, devendo encontrar-se fundamentado em pesquisa de preços e orçamento confiáveis.** Daí a importância dos estudos econômicos que embasaram a presente PPP.

Uma vez realizado o julgamento das propostas comerciais, inicia-se a fase de habilitação, com análise dos documentos de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar (menor VPA), e dos demais licitantes na hipótese de inabilitação do licitante anterior, conforme a ordem classificatória da propostas.

Os documentos de habilitação exigidos no edital referem-se à habilitação jurídica da licitante, à sua qualificação técnica, à sua qualificação econômico-financeira e à sua regularidade fiscal, em conformidade com os art.28 a 31, e 33, III, da Lei 8.666/93.



Segundo Hely Lopes Meirelles, referindo-se ao Decreto-Lei nº 200/67, citado por José Cretella Júnior, Das Licitações Públicas, editora Forense, 10ª Edição, Rio de Janeiro, 1997, pág. 251:

*"Habilitação é o reconhecimento dos requisitos legais para licitar, feito por comissão ou autoridade competente para o procedimento licitatório. É ato prévio do julgamento das propostas. Embora haja interesse da administração no comparecimento do maior numero de licitantes, o exame das propostas restringe-se àquelas que realmente possam ser aceitas, em razão da pessoa do proponente. Isto porque a Administração só pode contratar com quem tenha qualificação para licitar, ou seja, capacidade jurídica para o ajuste, condições técnicas para executar o objeto da licitação; idoneidade financeira para assumir e cumprir os encargos e responsabilidades do contrato. Essa habilitação é feita em oportunidades diversas e por sistemas diferentes para cada modalidade de licitação". (g.n.)*

No que tange aos documentos relativos à qualificação técnica da licitante, tecemos alguns comentários.

Como é sabido, nos termos do art.30, II, da Lei 8.666/93, a qualificação técnica visa à comprovação de aptidão da licitante para desempenho da atividade objeto da licitação. Diz respeito, pois, à habilidade para o cumprimento do contrato administrativo que resultará do certame.

O intuito da Administração Pública ao elaborar o edital, dentro dos parâmetros previstos na legislação vigente, deve ser sempre o de obter a proposta mais vantajosa para o ESTADO, dentre os interessados que demonstrem condições de atender a suas necessidades, com qualificação técnica e estrutura operacional adequadas e suficientes para cumprir as obrigações contratuais decorrentes da licitação.

Em nenhum momento o edital deve estabelecer preferências, visando à contratação de pequenas ou grandes empresas, mas apenas definir as condições **necessárias e indispensáveis** para a realização de seus fins, qual seja, a realização dos serviços objeto da licitação.

O princípio da isonomia não deve ser relevado ou infringido, mas sim corretamente aplicado, pois, conforme preceitua Marçal Justen Filho<sup>6</sup>, *"a Administração necessita contratar terceiros para realizar seus fins. Logo deve escolher o contratante e a proposta. Isso acarreta inafastável diferenciação entre os particulares. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados"*, e continua o Autor, esclarecendo que *"a licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção pelo Contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas **relevantes** para a Administração"*.

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei das Licitações e Contratos Administrativos*, 4ª ed, Aide, pg. 26.



A expressão ‘qualificação técnica’, sinteticamente, consiste na *“aptidão profissional e operacional do licitante para a execução do que vier a ser contratado, e pode ser genérica, específica e operativa”*, conforme entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, em seu Manual de Direito Administrativo <sup>7</sup>.

Isso porque, cada espécie de contratação pressupõe diferentes habilidades ou conhecimentos técnicos e, portanto, a determinação dos requisitos de qualificação técnica será feita caso a caso, em face das circunstâncias e peculiaridades do interesse público. Caberá à Administração, portanto, na fase interna da licitação, avaliar os requisitos necessários, restringindo-se ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes, quanto a sua capacidade técnica e quanto a sua capacidade efetiva de execução do objeto contratual.

Desde logo, portanto, infere-se que os requisitos de Qualificação Técnica devem corresponder, não a uma limitação da competição no certame, mas a uma delimitação dentro do princípio da razoabilidade, baseada em avaliações e estudos que abarcam a conveniência e discricionariedade da Administração Pública, a fim de que lhe seja garantido um mínimo de segurança quanto à capacidade efetiva de execução do objeto pelas licitantes.

Com efeito, o edital faz as seguintes exigências: comprovação de experiência anterior em implantação de empreendimento destinado a atendimento ao público, com área mínima de 2000 m<sup>2</sup> (dois mil metros quadrados); comprovação de experiência anterior em gestão, gerenciamento, administração ou operação de empreendimento destinado a atendimento ao público, com área mínima de 2000 m<sup>2</sup> (dois mil metros quadrados); comprovação de experiência anterior em implantação de empreendimento destinado a atendimento ao público, com quantidade mínima de 1750 (mil e setecentos e cinquenta) atendimentos por dia; comprovação de experiência anterior em gestão, gerenciamento, administração ou operação de empreendimento destinado a atendimento ao público, com quantidade mínima 1.750 (mil e setecentos e cinquenta) atendimentos por dia; indicação de 1 (um) responsável técnico para a instalação das UAI, com escolaridade de nível superior, conforme modelo a seguir, devendo apresentar registro no Conselho Profissional, se aplicável; declaração de compromisso de disponibilização de Corpo Técnico Especializado necessário à prestação das atividades relativas ao objeto da licitação.

Como visto, a Administração pode exigir, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e a complexidade do objeto licitado, os requisitos necessários à garantia do cumprimento das obrigações, desde que, obviamente, não extrapole nas exigências, a ponto de afrontar a Lei Federal nº 8.666/93 e seus princípios basilares.

Neste contexto, pode exigir o cumprimento de determinados requisitos em prol de assegurar a participação somente de licitantes que efetivamente tenham

<sup>7</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 252/253.



condições de cumprir com as obrigações do contrato. Jessé Torres Pereira Junior<sup>8</sup> assim noticia julgado do Tribunal de Contas Fluminense na matéria:

*“ ... a Constituição reservou à autoridade administrativa a discricção necessária e suficiente para incluir nos editais de licitação as exigências de comprovação de qualificação técnica que se ajustem à natureza do objeto em disputa, suas características e a complexidade de sua execução. Em outras palavras, cabe a cada edital dosar as exigências de modo a resguardar a Administração quanto à experiência da empresa licitante na precedente execução de objetos assemelhados. Para objetos de máxima complexidade e alto custo, o máximo de exigências. Para objetos de menor complexidade e menor custo, nível menos rigoroso de exigências” (g.n.)*

Marcos Juruena Souto<sup>9</sup>, por sua vez, afirma:

*‘No mesmo dispositivo [art. 30, §1º, I, da Lei nº 8.666/93], ‘são vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos’, o que não significa que não possa ser demandada prova de experiência anterior, fato que colocaria em risco a própria execução do contrato, em violação ao princípio da probidade administrativa, lançando a Administração em aventura com profissionais desconhecidos e inexperientes’.(g.n.)*

E, para Marçal Justen Filho<sup>10</sup>,

*‘Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, para fins de qualificação técnico-profissional. É inviável reputar que um particular detém qualificação técnica para serviço de trezentas máquinas simplesmente por ser titular de bom desempenho na manutenção de uma única máquina. A Lei consagrou preconceito insustentável, pois a boa execução anterior de quantidades mínimas e (ou) com prazos máximos pode ser a única forma de evidenciação da qualificação técnico-profissional. Seria reprovável a exigência anterior com quantidades mínimas ou prazos máximos se isso fosse desnecessário para comprovação da qualificação técnica do sujeito, em função das peculiaridades do objeto licitado.’ (g.n.)*

Vale mencionar decisões do Tribunal de Contas da União a respeito da matéria:

*“Assiste à Administração o direito de cercar-se de garantias acerca da qualificação técnica das empresas licitantes em licitações para execução de*

<sup>8</sup> Júnior. Jessé Torres Pereira. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, Renovar, 2003, p.347

<sup>9</sup> Souto. Marcos Juruena. *Direito Administrativo Contratual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 183.

<sup>10</sup> Filho. Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 5ª ed., p. 311.



*obras envolvendo metodologia de alta complexidade, a exemplo de pontes estaiadas, podendo estabelecer, na ausência de limite legal máximo, e em razão da existência comprovada de riscos, a quantidade de experiência anterior a ser requerida, ressalvados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.” (Acórdão nº 521/2011, Plenário, Rel. Ministro Augusto Nardes).*

*‘Parece não restar dúvidas quanto à conveniência de a Administração impor requisitos mínimos para melhor selecionar dentre possíveis interessados em com ela contratar. Ainda que seja de todo impossível à Administração evitar o risco de o contratado vir a se revelar incapaz tecnicamente de executar a prestação devida, o estabelecimento de certas exigências permite, inegavelmente, a redução desse risco. Com efeito, esse procedimento administrativo, quando adotado dentro do princípio da razoabilidade, encontra amparo no ordenamento jurídico, não configurando restrições ao caráter competitivo do certame licitatório. Aliás, sobre a matéria esta Corte, através do Enunciado de Decisão nº. 351, assim se posicionou: ‘A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo da licitação não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público (fundamentação legal, art. 3º, § 1º, inciso I, Lei 8.666/93”. (TCU, Decisão nº 217/1997, publicada em 12.05.1997.)*

“(…)

*4. Enfrenta-se, neste processo, duas questões: a validade das exigências relativas à quantidade e conteúdo dos atestados de capacidade técnica e a definição do perfil do profissional que deverá responder pela qualidade do serviço prestado.*

*5. No que atina à primeira questão, devemos considerar, preliminarmente, que qualquer exigência presente no edital deve ser fundamentada no interesse público. Destarte, repudia-se a inclusão de qualquer cláusula que venha, imotivadamente, limitar o caráter competitivo do certame. Este princípio não se contrapõe, todavia, com os cuidados que a Administração deve tomar para garantir a boa e regular prestação do serviço. Tal juízo já foi brilhantemente defendido pelo Exmº. Sr. Ministro Fernando Gonçalves em voto que norteou a Decisão nº 217/97 - Plenário (Ata nº 15, de 30/04/97), (...)*

*6. Dessa forma e ante os elementos coligidos nos autos, não me parecem inoportunas as exigências da ECT. Considero que o porte dos serviços e as cautelas que a execução dos mesmos demanda justificam a requisição de dois certificados de capacitação técnica.” Decisão 238/2000 – Plenário – Processo 003.671/1999-2 – Ministro Relator Valmir Campelo)*

774



O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, assim trata a questão:

“(…)

4. *Não fere a igualdade entre os licitantes, nem tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalício referente à experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de qualificação técnica, nos termos do art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93.*

5. *Os princípios da igualdade entre os concorrentes e da ampla competitividade não são absolutos, devendo ser ponderados com outros princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do serviço/produto licitado.*

6. *Tem-se aí exigência plenamente proporcional pois (i) adequada (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida que faz presumir, como meio, a qualificação técnica - o fim visado), (ii) necessária (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida de fácil demonstração, autorizando a sumarização das exigências legais) e (iii) proporcional em sentido estrito (facilita a escolha da Administração Pública, porque nivela os competidores uma vez que parte de uma qualificação mínima, permitindo, inclusive, o destaque objetivo das melhores propostas com base no background dos licitantes).*

7. *Precedentes desta Corte Superior.*

8. *Recurso especial provido.” (RESP nº 1.257.886/PE – Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 11/11/2011)*

“...’O exame do disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, e sua parte final, referente a ‘exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’ revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe” (Adilson Dalari). (g.n.)

3. *Mandado de segurança denegado em primeiro e segundo graus.*

4. *Recurso especial improvido.” (REsp n. 172.232/SP, rel. Min. José Delgado, DJU 21.9.98, RSTJ 115/194).*

*“Administrativo. Procedimento Licitatório. Atestado Técnico. Comprovação. Autoria. Empresa. Legalidade. Quando em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, § 1º, II, caput, da Lei 8.666/93.*

*fy*



*É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade eficiência, objetivando, não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo - a lei -, mas com dispositivos que busquem resguardar a administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.” (g.n.)*

*Recurso provido” (REsp 144.750-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, in DJU de 25.9.2000).*

*“DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE GRANDE PORTE. EDITAL. REQUISITOS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA. COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR. POSSIBILIDADE.*

*1. As exigências tendentes a comprovar a capacitação técnica do interessado em contratar com o ente público devem ser concebidas dentro das nuances e particularidades que caracterizam o contrato a ser formalizado, sendo apenas de rigor que estejam pautadas nos princípios que norteiam o interesse público.*

*(...)*

*3. Há situações em que as exigências de experiência anterior com a fixação de quantitativos mínimos são plenamente razoáveis e justificáveis, porquanto traduzem modo de aferir se as empresas licitantes preenchem, além dos pressupostos operacionais propriamente ditos – vinculados ao aparelhamento e pessoal em número adequado e suficiente à realização da obra –, requisitos não menos importantes, de ordem imaterial, relacionados com a organização e logística empresarial.*

*4. A ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente de modo a comprometer a segurança dos contratos, o que pode gerar graves prejuízos para o Poder Público.*

*5. Recurso especial não-provido.”(REsp 295806 / SP Ministro João Otávio de Noronha - DJ 06/03/2006 p. 275 ) (g.n.)*

Evidencia-se, pois, que, em matéria de qualificação técnica, o propósito da lei de licitações é o de obter, por meio de documentos, prova bastante de que cada concorrente está apto a executar, se vencedor, o objeto em disputa, sendo vedadas limitações irrelevantes para o efeito de aferir-se tal aptidão. Assim, a complexidade do objeto não só autoriza, mas impõe que a Administração se acautele ao exigir os requisitos comprobatórios da habilitação técnica, pois, certamente, neste caso, eventual limitação não será “irrelevante”, senão a garantia de que o objeto licitado será executado a contento.



Neste contexto, a Unidade Central de PPP justifica as exigências editalícias, nos seguintes termos (OFÍCIO SEDE/PPP nº 008/2013):

*“Os critérios para qualificação técnica, como parte da habilitação dos licitantes, estão voltados às atividades que compõem as parcelas de maior relevância na prestação de serviços, objeto do contrato de concessão administrativa. Os itens I a IV da cláusula 15.4.1 do edital estabelecem critérios de qualificação técnica compatíveis em características e quantidade com o objeto do contrato.*

*O item I e II refere-se à área mínima de imóvel destinado a atendimentos ao público, englobando a sua implantação, gestão, gerenciamento, administração ou operação de empreendimento destinado a este fim, avaliando área dos equipamentos já operados pelos licitantes, que foi determinado baseado na projeção de área total das unidades a serem implantadas como objeto do contrato e absolutamente compatível para atender o volume total médio de atendimentos previstos no Edital, projetados em cerca de 2.641 atendimentos por dia para o Lote 1, 2.542 atendimentos por dia para o Lote 2 e 2.634 atendimentos por dia para o Lote 3.*

*O item III e IV também estabelece exigência compatível em características e quantidades com o objeto da licitação, uma vez que para atender a demanda projetada de atendimento por dia para os municípios em que serão implantadas as UAI, a modelagem apontou o quantitativo mínimo de 1750 atendimentos por dia, o que demonstra ser quantitativo mínimo necessário e aceitável para cada um dos lotes da licitação como comprovação de que a licitante já realizou serviço similar ao do edital.*

*Vale também mencionar que a exigência de quantitativo mínimo para fins de comprovação da experiência é plausível, pois aquele que não executou anteriormente objeto similar em condições equivalentes às do objeto licitado não dispõe da experiência exigida para a contratação*

*In casu*, portanto, considerando a complexidade do objeto e as razões apresentadas pela equipe técnica responsável pelo presente modelo de PPP, que afirma que os requisitos mínimos ali exigidos se mostram compatíveis com o objeto da licitação, tem-se como demonstrada a relevância dos requisitos de qualificação técnica exigidos no edital, para fins de se garantir ao ESTADO o cumprimento do objeto licitado a contento.

No que tange aos critérios de apuração da qualificação técnica, o edital prevê que as exigências devam ser comprovadas pela licitante, individualmente ou mediante





consórcio, admitindo-se, de qualquer modo, o somatório de atestados para fins de comprovação dos quantitativos exigidos.

Na matéria, Marçal Justen Filho ressalta que

*“Como cada consorciada mantém sua autonomia jurídica, cada uma delas deverá comprovar o preenchimento das exigências de habilitação. Eventualmente, o preenchimento dos requisitos somente se obtém através da conjugação dos recursos e dos esforços de todos os consorciados. Quando existir consórcio, não será apropriado avaliar isoladamente alguns requisitos, especialmente aqueles de qualificação técnica e de qualificação econômico-financeira. Cada sociedade isoladamente não reunirá os requisitos necessários. No conjunto, porém, deverão estar satisfeitas as exigências previstas no ato convocatório.”* E continua o Autor, referindo-se à hipótese de participação de sujeitos que individualmente não preenchem todas as exigências de habilitação, *“é exatamente essa a função dos consórcios em licitações: ampliar a competitividade mediante a conjugação de esforços, recursos e experiências de licitantes, inclusive para o fim de assegurar a possibilidade de participação daqueles que isoladamente não preenchem os requisitos de habilitação. Justamente por isso, aliás, a Lei de Licitações impôs a responsabilidade solidária dos licitantes. Essa solução se compatibiliza com a concepção de que a avaliação dos requisitos de habilitação dos consorciados deve fazer-se em conjunto, de modo ‘solidário’.”* (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15ª Ed., p.571 e 576)

E, segundo o TCU, *“... na constituição de associações ou consórcios entre empresas interessadas, abstendo-se de exigir individualmente de todas as integrantes da associação ou consórcio o pleno atendimento a todos os requisitos de ordem técnica necessários, desde que, em conjunto, as empresas os atendam”* (Acórdão nº 478/2006, Plenário, Rel. Ministro Valmir Campelo).

De fato, tal interpretação é a que melhor coaduna com o propósito dos consórcios em licitações, que visa à ampliação da competitividade, e, pois, a obtenção da proposta que melhor atenda o interesse público em jogo.

No que tange à documentação exigida para comprovação da qualificação econômico-financeira da licitante, cumpre lembrar, por oportuno, o disposto no §5º do art.31, da Lei Federal nº 8.666/93, segundo o qual *“a comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação”*. **Compete, pois, à equipe técnica responsável pela presente licitação, justificar a aplicação dos índices contábeis previstos no edital, nos termos em que exigido na lei.**



Os documentos relativos à regularidade fiscal e trabalhista se resumem naqueles normalmente exigidos pela Administração Pública, em conformidade com a Lei Federal nº 8.666/93, com redação dada pela Lei Federal nº 12.440, de 07/07/2011, sem qualquer novidade.

Em relação às regras de julgamento das propostas previstas no edital, ressalte-se a abertura do envelope que contém a garantia da proposta em primeiro lugar, de modo que a abertura dos demais (proposta comercial e documentos de habilitação) somente ocorrerá se a garantia tiver sido apresentada nos termos em que exigida no edital.

Curiosamente, o ESTADO exige a garantia de proposta apartada e anterior à análise dos demais requisitos de habilitação (qualificação econômico-financeira), e o faz com a pretensão de eliminar a inconveniência e o desgaste de se realizar todo o procedimento de julgamento para somente ao final constatar que a concorrente vencedora não apresentou a garantia a contento.

Marcelo Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado defendem tal conduta no edital, senão vejamos:

*“A razão pela qual a lei coloca a garantia de proposta entre os documentos da habilitação é meramente cronológica. É conveniente que a garantia de proposta seja o primeiro documento a ser analisado, pois sua inexistência ou deficiência deve impedir o licitante de participar do certame, eis que leva à presunção de falta de seriedade da proposta. Como nas licitações regidas pela Lei 8.666/1993 os documentos de habilitação são os primeiros a ser analisados, quis o legislador inserir na garantia de propostas entre eles, atendendo à premência da verificação da regularidade da garantia de proposta, sem criar nova fase ou complicar desnecessariamente o procedimento.*

*Por isso, nas licitações de PPP, quando se tratar de procedimento ordinário (sem inversão de fases), a garantia de proposta deve integrar os documentos de habilitação. Seguindo-se essa mesma lógica, há que se ter por evidente que, quando se tratar de procedimento em que haja pré-qualificação, a garantia de proposta deve integrar a documentação relativa à pré-qualificação.*

*Situação diversa ocorre quando se tratar de procedimento com inversão de fases entre proposta e habilitação (art.13). Nesse caso, o ideal é que o edital preveja a entrega de um envelope separado com a garantia de proposta, a ser aberto e analisado antes da abertura das propostas. Entendimento contrário levaria à abertura da garantia de proposta após a abertura das propostas – o que nos parece inadmissível, pois deixaria a Administração desprotegida. Imagine-se que, em procedimento com inversão de fases, a garantia de proposta fosse entregue em conjunto com os documentos de habilitação. Suponha-se que licitante sem garantia de proposta, ou com*

FTY



*garantia inválida, viesse a participar desse certame e se classificasse em primeiro lugar. Se, por qualquer motivo, esse licitante viesse a desistir da licitação ou a ser inabilitado, por não ter apresentado a documentação exigida, a Administração, que até então não tinha ciência da invalidade ou inexistência da garantia de proposta do licitante, não poderá executá-la.”* (in Comentários à Lei de PPP–Parceira Público-privada, 1ª edição, p.281)

Ademais, ainda que o art.31 da Lei nº 8.666/93 disponha sobre a garantia de proposta na fase de habilitação, deve-se considerar que o legislador ordinário assim o fez para afastar eventual exigência de garantia previamente à entrega das propostas, de maneira que pudesse ensejar o conhecimento prematuro da identidade dos participantes, e, pois, eventuais conluio e sobrepreços nas propostas que só mais tarde seriam entregues.

No presente caso, contudo, a exigência de apresentação da garantia de proposta já no Envelope 1, que será, de fato, aberto em primeiro lugar, não traz qualquer prejuízo ao caráter competitivo da licitação, considerando a entrega simultânea de todos os envelopes exigidos no edital.

No que tange à legalidade da própria exigência da garantia de proposta, considera-se justificada no próprio empreendimento objeto da licitação, cujo porte e valor exigem maior rigor da Administração, justamente em prol de uma futura execução regular do contrato decorrente do certame.

O Edital dispõe sobre a possibilidade de a Comissão Especial de Licitação promover diligências, esclarecimentos complementares e saneamento de falhas, nos termos do disposto no art.12, IV, da Lei Federal nº 11.079/04, segundo o qual “*o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.*” Tal prazo está fixado no item 16.1.1.

Por fim, o objeto será adjudicado ao licitante cuja proposta classificar-se em primeiro lugar, na conformidade do edital, pelas autoridades responsáveis pela homologação do processo.

Antes da assinatura do contrato, o adjudicatário deverá constituir Sociedade de Propósito Específico, em obediência ao art. 9º 11 da Lei nº 11.079/04, e apresentar a garantia de execução do contrato, conforme disposto no art.56 da Lei nº 8.666/93.

## **2.2. DO CONTRATO**

---

<sup>11</sup> Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

DM



Trata-se de minuta de contrato de concessão administrativa para a implantação, operação e manutenção das UNIDADES DE ATENDIMENTO INTEGRADO (UAI), em municípios de Minas Gerais, arrolados no lote da licitação para o qual foi declarado vencedor o contratado.

Acompanham o contrato os seguintes Anexos: Edital da Concorrência e seus anexos; Compromisso de Integralização do Capital da Concessionária; Pagamento da Concessionária e Sistemas de Incentivos – PACS; Sistema de Implantação, Gestão, Manutenção e Operação das UAIs – SIGMO; Sistema de Reequilíbrio Econômico-Financeiro; Diretrizes para o Licenciamento Ambiental; Proposta Comercial da Concessionária.

A minuta do contrato prevê o prazo de vigência de 17 anos, contados da publicação no Diário Oficial do Estado, prorrogáveis nos termos da legislação, competindo à CONCESSIONÁRIA a implementação das UAI no prazo de 48(quarenta e oito) meses, conforme cronograma estabelecido pelo PODER CONCEDENTE.

Questão relevante em parcerias público-privadas e que merece particular atenção refere-se à remuneração da CONCESSIONÁRIA, considerando que vários de seus aspectos revelam a forma de compartilhamento dos riscos entre o Poder Público e o parceiro privado.

A remuneração pelos serviços objeto do contrato dar-se-á pelo pagamento de CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, calculada nos termos do 0, observados os ÍNDICES DE DESEMPENHO E DE QUALIDADE (IDQ) de que trata o mesmo ANEXO, facultada à CONCESSIONÁRIA a exploração de atividades empresariais que resultem em receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, caso em que haverá rateio com o ESTADO, à razão de 20%.

Tem-se, pois, que o pagamento da CONCESSIONÁRIA será conforme o número de atendimentos ao público realizado na UAI, com base no Valor Padrão de Atendimento (VPA) vencedor da licitação; será mensal e sofrerá impacto de indicadores de desempenho, de acordo com o SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO.

O SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO tem por finalidade garantir a qualidade no atendimento ao cidadão, o que constitui fundamento da presente concessão.

O mecanismo de pagamento da contraprestação pecuniária atrelado ao desempenho da CONCESSIONÁRIA, é apurado, nos termos do edital, mediante a aplicação de uma fórmula, que contém três indicadores: grau de satisfação, tempo médio de espera, percentual de senhas efetivamente atendidas.

Com base nos mencionados indicadores, tem-se o COEFICIENTE DE EFICIÊNCIA (COEF), que, segundo a equipe técnica responsável pelo presente modelo de PPP, *“congrega os valores de cada um dos indicadores de desempenho, atribuindo*

73



*pesos diferenciados. Desta forma, 50% do COEF representa o grau de satisfação do usuário com o serviço prestado, o que revela a vinculação do serviço disponibilizado com o resultado pretendido de atendimento ao cidadão, que poderá atestar diretamente a qualidade do serviço prestado. Por sua vez, o indicador Tempo Médio de Espera é o indicador com o segundo maior peso, no valor de 40% do COEF, que possui o objetivo de reduzir o tempo de espera do cidadão nas filas para o atendimento. Por fim, o menor peso recai no indicador Percentual de Senhas efetivamente atendidas, no valor de 10% do COEF.” (Nota Técnica que acompanha o OF.SEDE/PPP 008/2013)*

Ressalte-se, por oportuno, que não compete a esta Consultoria Jurídica avaliar se as fórmulas de apuração dos índices de desempenho foram corretamente elaboradas, limitando-se, dentro de sua competência, a verificar a legalidade de se atrelar o pagamento da contraprestação ao índice de desempenho. **Tudo isto para dizer que o Estado deve ter a certeza de que os mecanismos para apuração do desempenho apresentam-se, de fato, confiáveis, e capazes, portanto, de refletir o real desempenho da CONCESSIONÁRIA e a qualidade dos serviços prestados durante toda a execução do contrato.** Não se pode conceber a idéia de que a CONCESSIONÁRIA receba a prestação pecuniária integral mesmo com desempenho insatisfatório, razão pela qual a forma de apuração do índice de desempenho deve refletir de forma **confiável** a realidade da execução contratual.

Neste sentido, os estudos técnicos não devem se limitar a expor a forma de apuração dos índices de desempenho, traduzida em fórmulas, mas deve, sobretudo, **ASSEGURAR** que a aplicação dessas fórmulas é efetivamente capaz e suficiente para aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do parceiro privado, bem como a viabilidade dos parâmetros que vinculam o montante da remuneração aos resultados atingidos, nos termos do art.10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.868/2003.

No que tange à remuneração da CONCESSIONÁRIA, o modelo prevê o pagamento de duas parcelas: a primeira, de acordo com o volume real mensal de atendimentos, com base no VPA vencedor da licitação; a segunda, uma parcela anual complementar, que será devida caso o número **real** de atendimentos, no ano, seja inferior a 70% da demanda projetada ou ajustada.

Note-se, pois, o risco da CONCESSIONÁRIA quando o modelo atrela a remuneração ao VPA objeto da sua proposta e ao seu desempenho, risco esse que é reduzido à medida que o ESTADO garante a remuneração de até 70% da projeção de demanda. Tal risco estatal, por sua vez, também se reduz no tempo, à medida que as projeções de demanda são ajustadas a cada dois anos, o que permite que a concessão se aproxime da realidade de atendimentos.

Como os pagamentos da CONCESSIONÁRIA se encontram atrelados aos quadros de projeções de demanda, vale chamar a atenção do administrador público para a necessidade precípua de que referidos quadros de projeções anuais tenham sido fruto de estudos técnicos compromissados e confiáveis, pois daí depende a viabilidade do projeto e a certeza de que os recursos públicos serão aplicados devidamente, sem



qualquer desperdício. Aqui, ressalte-se a importância dos estudos técnicos, eis que o risco assumido pelo ESTADO, quando garante à CONCESSIONÁRIA 70% da projeção do atendimentos, está justamente no quadro de projeções, que deve, portanto, ser confiável, sob pena de o ESTADO assumir maior risco do que o esperado.

Ressalte-se que esta confiabilidade dos estudos técnicos é preocupação do próprio legislador, que exige a comprovação da viabilidade do projeto como requisito formal ao desenvolvimento de toda PPP, nos termos do art.10 da Lei nº 14.868/2003.

A CONCESSIONÁRIA poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à concessão administrativa, o que deverá ser obrigatoriamente informado ao PODER CONCEDENTE. O fato de o ESTADO ter conhecimento das subcontratações não exime a CONCESSIONÁRIA do cumprimento de suas obrigações, tampouco pode justificar qualquer atraso ou modificação nos custos e investimentos sob sua responsabilidade.

Se, eventualmente, os subcontratados forem acionistas pertencentes ao grupo controlador, empresas coligadas ou controladas, pessoas físicas ou jurídicas que façam parte, junto com a CONCESSIONÁRIA, de uma mesma empresa controlada, ou pessoas físicas ou jurídicas que tenham diretores ou administradores comuns à CONCESSIONÁRIA, tais subcontratações dependerão de exame e aprovação prévia do PODER CONCEDENTE.

Oportuno mencionar que as subcontratações serão regidas pelo Direito Privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre terceiros e o PODER CONCEDENTE, e a respectiva execução pressupõe, obrigatoriamente, o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido, nos termos do art.25 da Lei 8.987/95<sup>12</sup>.

Reitera-se, ainda, que o contrato exige que a CONCESSIONÁRIA assegure-se de que os terceiros contratados tenham experiência pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com as obrigações assumidas. Tal previsão, de certa forma, pretende dar maior segurança ao ESTADO de que eventuais subcontratações ocorrerão sem risco de que os subcontratados não detenham capacidade para execução do objeto contratado.

O Capítulo V do contrato trata da Sociedade de Propósito Específico que deverá ser constituída pela CONCESSIONÁRIA, estando as regras ali dispostas dentro da legalidade. No que tange a transferência da concessão administrativa e do controle acionário da concessionária, ambos os casos são condicionados à aprovação do PODER CONCEDENTE e ao preenchimento de requisito temporal, qual seja, que a concessão

<sup>12</sup> Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

(...)

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.



esteja em execução há pelo menos 2 anos, tudo em conformidade com o art.5º da Lei Federal nº 11.079/2004 e art.27 da Lei Federal nº 8.987/95.

A CONCESSIONÁRIA deverá indicar em seu estatuto, como finalidade exclusiva, a exploração do objeto da concessão administrativa e a forma de integralização do capital social, cujo valor mínimo constitui dado fixado pela Administração no exercício da discricionariedade.

Caberá à CONCESSIONÁRIA, caso necessite, a obtenção, aplicação e gestão dos financiamentos necessários ao normal desenvolvimento da CONCESSÃO, de modo que se cumpram, cabal e tempestivamente, todas as obrigações assumidas no contrato.

E, no caso de a CONCESSIONÁRIA obter financiamento, o contrato possibilita, expressamente, o pagamento da remuneração e de eventuais indenizações por extinção antecipada do contrato, diretamente ao financiador, o que se encontra em conformidade com o art.5º, inciso III, da Lei 11.079/2004, art.28 da Lei 8.987/95 e art.15, §2º, da Lei Estadual nº 14.868/2003.

As obrigações da CONCESSIONÁRIA encontram-se bem delineadas no instrumento do contrato e seus anexos, sejam em relação à prestação dos serviços, à sua operacionalização, aos recursos humanos, materiais e equipamentos envolvidos, sejam em relação à própria implantação e organização das UAFs.

Do mesmo modo, o contrato bem define as obrigações do ESTADO, ressaltando-se que suas prerrogativas serão exercidas com vistas ao cumprimento, pela CONCESSIONÁRIA, dos requisitos mínimos de prestação dos SERVIÇOS UAI objeto do contrato, aplicando-se, em qualquer caso, a obrigação de observância do devido processo administrativo e os princípios aplicáveis à Administração Pública.

O contrato também prevê os direitos e deveres dos USUÁRIOS diretos dos serviços, no sentido que deverão ser observados pela CONCESSIONÁRIA durante toda a execução da concessão, constituindo, inclusive, seu dever divulgá-los, mediante afixação de informações em local visível, em todas as suas instalações, sem prejuízo da adoção de outros meios de comunicação.

A fiscalização dos SERVIÇOS UAI, abrangendo todas as atividades da CONCESSIONÁRIA, durante todo o prazo do CONTRATO, será executada pelo PODER CONCEDENTE, por seus agentes, prepostos ou por entidade contratada para esse fim, sem prejuízo da fiscalização dos órgãos de controle.

Como em qualquer PPP, a fiscalização da execução da concessão administrativa é extremamente importante. Desse modo, em que pese o contrato facultar a contratação do VERIFICADOR INDEPENDENTE, o fato é que o administrador público responsável pela execução contratual não deve medir esforços quando se trata de fiscalização de contratos de tal natureza. Há de se ter em mente que qualquer falha na fiscalização pode representar prejuízos significativos ao ESTADO.

O contrato prevê o modelo de governança, o que é estritamente importante quando se fala em Parceria Público-Privada, pois tal modalidade de parceria demanda



uma governança estruturada, com entidades independentes para a fiscalização e auditoria do contrato, permitindo a garantia de execução dos interesses do ESTADO e maior transparência à população.

O principal mecanismo de governança previsto no contrato é a instituição de um COMITÊ DE GOVERNANÇA, que será constituído por um representante do PODER CONCEDENTE, por um representante da CONCESSIONÁRIA, e pelo Gestor do Projeto do VERIFICADOR INDEPENDENTE a ser contratado pelo PODER CONCEDENTE. Caso não esteja instituído o VERIFICADOR INDEPENDENTE, será nomeado um terceiro membro escolhido por ambas as partes do contrato, e, não havendo acordo, a escolha será feita pelo ESTADO.

A submissão de qualquer questão ao Comitê de Governança não exonera a CONCESSIONÁRIA de dar integral cumprimento às suas obrigações contratuais e às determinações do PODER CONCEDENTE, incluindo as emitidas após a apresentação da questão, nem permite qualquer interrupção no desenvolvimento das atividades relacionadas com a CONCESSIONÁRIA.

No que tange à garantia de execução do contrato pela CONCESSIONÁRIA, que se presta a cobrir o ressarcimento de eventuais custos e despesas incorridas pelo ESTADO em caso de inadimplência da CONCESSIONÁRIA, além de cobrir o pagamento de eventuais multas que lhe forem aplicadas durante a execução do contrato, ressalte-se que seu valor deve se limitar a 10% do valor do contrato, nos termos da Lei Federal nº 8.666/93. As modalidades de garantia admitidas no contrato são aquelas previstas no art.56 da Lei 8.666/93.

Vejamos dizeres de Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>13</sup>, em obra já mencionada:

*“Na realidade, a lei prevê três tipos de garantias para as parcerias público-privadas: (a) a garantia de execução do contrato, prestada pelo parceiro privado ao parceiro público; (b) a garantia de cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pelo parceiro público perante o parceiro privado; e (c) a contragarantia prestada pelo parceiro público à entidade financiadora do projeto.*

*O primeiro tipo de garantia é comum nas várias modalidades de contratos administrativos, abrangendo a caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, o seguro-garantia e a fiança bancária (art. 56, §1º, da Lei 8.666/93, com a redação dada pelo artigo 26 da Lei 11.079). Nas duas modalidades de concessão (patrocinada e administrativa), o contrato deverá prever “a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§3º e 5º do art. 56 da Lei 8.666, de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei 8987, de 1995.”*

<sup>13</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas S.A., p172/173. 2005.





Ressalte-se que a Lei Federal nº 8.666/93 admite a exigência de garantia no percentual de 10%, mas, ao fazê-lo, **exige justificativa técnica**, de modo que se demonstre que tal exigência encontra-se compatível com os ônus e riscos envolvidos na concessão administrativa.

Note-se que, dentre as regras de liberação da garantia, o contrato prevê a liberação de 80% do respectivo valor ao final do 2º ano de vigência do contrato. Não custa mencionar que o percentual da liberação da garantia deve ser fixado em proporção ao valor investido pelo parceiro privado nos dois primeiros anos da concessão. Quer dizer, justifica-se a liberação à razão de 80% se o investimento da CONCESSIONÁRIA corresponder a tanto, e do mesmo modo, as sucessivas liberações ao decorrer da concessão.

O contrato prevê a garantia de adimplemento do contrato pelo PODER CONCEDENTE, o que deve se dar em conformidade com o art.8º da Lei Federal nº 11079/04 e art.16 da Lei nº 14.868/2003, que assim dispõem, respectivamente:

*“Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:*

*I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;*

*II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;*

*III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;*

*IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;*

*V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;*

*VI – outros mecanismos admitidos em lei.*

*(...)*

*Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...)*

*Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.”*

O Art.16 da Lei Estadual nº 14.868/2003, por sua vez, prevê que:

*“ Art.16 – Os créditos do contratado poderão ser protegidos por meio de:*

*I – garantia real, pessoal, fidejussória e seguro;*

*II – atribuição ao contratado do encargo de faturamento e cobrança de crédito do contratante em relação a terceiros, salvo os relativos a impostos,*



*prevista a forma de compensação dos créditos recíprocos de contratante e contratado;*

*III – vinculação de recursos do Estado, inclusive por meio de fundos específicos, ressalvados os impostos.”*

O contrato prevê, ainda, os seguros mínimos que a CONCESSIONÁRIA deverá contratar e manter em vigor ao longo do prazo da concessão.

Extinta a concessão, os bens imprescindíveis à execução da concessão administrativa serão revertidos em favor do ESTADO, assim como todos os direitos e privilégios vinculados à exploração da concessão administrativa, em conformidade com o disposto no art.12, §3º, da Lei Estadual nº 14.868/2003.

Neste ponto, adverte-se apenas quanto à conveniência da **cláusula 38.8**, segundo a qual *“Caso o Relatório de Vistoria e o Termo Definitivo de Reversão da Unidade de Atendimento Integrado não se encontrem elaborados pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE e PODER CONCEDENTE nos prazos assinalados, a reversão dos bens pela extinção da CONCESSÃO processar-se-á independentemente da anuência do PODER CONCEDENTE no que toca à condição e qualidade dos bens, bem como será vedada qualquer forma de responsabilização da CONCESSIONÁRIA.”* **Note-se que tal disposição contratual, de certa forma, pune o ESTADO por eventual descumprimento do prazo para elaboração do termo definitivo da reversão, o que deve ser avaliado, inclusive em relação ao prazo fixado de 60 dias, que deve corresponder às reais condições de cumprimento.**

Note-se que a CONCESSIONÁRIA terá direito à indenização dos bens adquiridos nos últimos cinco anos da concessão e ainda não amortizados, desde que adquiridos mediante prévia autorização do PODER CONCEDENTE e **desde que imprescindíveis à continuidade e atualidade da prestação dos serviços.** Alternativamente à indenização, poderá o PODER CONCEDENTE, nesse caso, admitir a transferência de bens que tenham sido dados em garantia de seu próprio financiamento, sob-rogando-se nas parcelas financiadas vincendas (cláusula 38.3 e 38.3.1)

De fato, se a aquisição dos bens visa a garantir a continuidade e atualidade da concessão, à CONCESSIONÁRIA deve ser assegurada a indenização caso não amortizados a tempo do término do contrato, pois, do contrário, a reversão dos bens dar-se-á com enriquecimento ilícito do ESTADO.

*Mutatis mutandis*, se o bem não é tido como imprescindível à continuidade da concessão, a indenização não se justifica, até mesmo porque poderá ser excluído da reversão dos bens em favor do ESTADO, ao final da concessão.

O contrato, ainda, dispõe sobre as sanções administrativas aplicáveis à CONCESSIONÁRIA em caso de inadimplemento parcial ou total das suas obrigações.



Embora o contrato classifique as infrações em leves, médias e graves, com previsão das respectivas penalidades, algumas infrações e penalidades correspondentes já se encontram previamente fixadas, independentemente de classificação.

E, diante do risco de não se conseguir esgotar todas as hipóteses ensejadoras de aplicação de penalidade, o contrato define parâmetros para classificação das infrações em leves, médias, e graves, caso em que eventual multa poderá variar de 0,005% (cinco milésimos por cento) a 0,05% (cinco centésimos por cento) do valor do contrato, conforme a natureza e gravidade da infração, os danos resultantes, a vantagem auferida pela CONCESSIONÁRIA, sua situação econômico-financeira, seus antecedentes e eventuais reincidências, aplicando-se a sanção com proporcionalidade e razoabilidade, tudo em conformidade com o disposto no art. 5º, II, da Lei Federal nº 11.079/2004 e art.23, VIII, da Lei 8.987/95.

Sempre que o PODER CONCEDENTE se deparar com a necessidade de aplicar uma penalidade que não esteja expressamente tipificada no contrato, deverá ser valer dos parâmetros acima previstos, de modo que sua conduta não extrapole os limites do razoável.

Todos os atos da Administração, na condução do processo administrativo, devem ser praticados com vistas à obtenção de um resultado razoável e proporcional à finalidade a que se dirige. Tal exigência visa a inibir o abuso de poder e o arbítrio da autoridade, assim como garante ao administrado a fruição de seus direitos e interesses legítimos.

Com efeito, quando a Administração impõe penalidade, deve, necessariamente, atuar pautando-se pelas balizas da necessidade e da adequação. A utilização imoderada da competência punitiva induz a ilegalidade, com grande probabilidade ao arbítrio. Portanto, no presente caso, o ESTADO, ao impor sanções durante o desenrolar da concessão administrativa, sempre, deve pronunciar pena que se coadune com a gravidade da falta imputada, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No que tange ao processo administrativo a ser instaurado para aplicação de penalidades, não custa lembrar o dever de o ESTADO conduzi-lo com observância à ampla defesa e ao contraditório, sob pena de nulidade.

Nos termos do contrato, o ESTADO, sem prejuízo das sanções cabíveis e das responsabilidades incidentes, poderá intervir na concessão, a qualquer tempo, com o fim de assegurar a adequada prestação dos serviços, o que deverá ocorrer com observância aos ditames da Lei Federal nº 8987/95, que trata a matéria da seguinte forma:

*“Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.*”



*Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.*

*Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.*

*§ 1º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.*

*§ 2º O procedimento administrativo a que se refere o caput deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.*

*Art. 34. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.”(g.n.)*

O contrato prevê os casos de extinção do contrato de concessão, assim arrolados: término do prazo de vigência do contrato, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência ou extinção da CONCESSIONÁRIA.

Eis o que dispõe a Lei Federal nº 8.987/05 a respeito da indenização devida à CONCESSIONÁRIA em caso de extinção da concessão, *in verbis*:

*“ Art.35: Extingue-se a concessão por:*

*I - advento do termo contratual;*

*II – encampação;*

*III – caducidade;*

*IV- rescisão;*

*V- anulação; e*

*VI – falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.*

...

*§4º - Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária nos termos do art.36 e 37 desta lei.”*

*“Art.36 – A reversão do advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis,*



*ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade do serviço concedido.*

*Art.37 – Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.*

*Art.38 – A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art.27 e as normas convencionadas pelas partes.*

...

*§4º - Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.*

*§5º - A indenização de que trata o parágrafo anterior será devida na forma do art.36 desta lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.”*

Compulsando o contrato, note-se que a indenização, em todos os casos, via de regra, está limitada às parcelas de investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, como determina a Lei Federal nº 8.987/2005, e será paga mediante o desconto de qualquer valor devido pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, a título de multas não quitadas, indenizações, etc.

No caso de extinção da concessão por caducidade, o contrato prevê a indenização, cujo valor será apurado mediante desconto não só de eventuais multas devidas pela CONCESSIONÁRIA, mas, também, de todos os prejuízos causados pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE e à sociedade, e, ainda, de quaisquer valores recebidos pela CONCESSIONÁRIA a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos ou circunstâncias que ensejaram a declaração de caducidade.

No que tange à indenização na hipótese de anulação judicial da concessão, ressalte-se que o contrato ressalva o pagamento se a CONCESSIONÁRIA tiver concorrido para a ilegalidade, ou nos casos em que a ilegalidade puder lhe ser imputada de forma exclusiva.

Adota-se, aqui, a lógica defendida por MARÇAL JUSTEN FILHO, em análise do art.59 da Lei Federal nº 8.666/93, no sentido de que o particular não deve ser beneficiado quando tiver atuado visando à fraudar a lei, nem poderá ser protegido quando existir infração clara e inquestionável ao Direito, que pudesse e devesse ser de seu conhecimento. (*in* Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 15ª Ed., p.856)



Ou como bem asseverado pelo Superior Tribunal de Justiça, “o *dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas razões na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou o contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé.*”(in RESP nº 579.541/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 19/04/2004).

A vedação, portanto, à indenização em favor da CONCESSIONÁRIA que concorreu para a ilegalidade, é questão de moralidade.

As partes poderão se valer de mecanismos para solução amigável de conflitos, a exemplo da mediação e a arbitragem, nos termos em que autorizada pelo art.11 da Lei Federal nº 11079/04, e desde que observados os termos do art.13 da Lei nº 14.868/2003, que assim dispõe:

***“Art. 13 - Os instrumentos de parceria público-privada previstos no art. 11 desta Lei poderão estabelecer mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem.***

***§ 1º - Na hipótese de arbitragem, os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada.***

***§ 2º - A arbitragem terá lugar na Capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral.”(g.n.)***

Questão delicada em contratações da espécie refere-se aos casos de reequilíbrio econômico financeiro do contrato.

O ANEXO V - MECANISMO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO dispõe sobre a divisão de riscos entre a CONCESSIONÁRIA e o PODER CONCEDENTE, arrolando os casos em que poderá ocorrer a recomposição econômico-financeira do contrato.

De início, cumpre lembrar que, em se tratando de PPP, o equilíbrio econômico financeiro do contrato é considerado de forma diversa das contratações regidas pela Lei Federal nº 8.666/93. Tal se deve considerando que a CONCESSIONÁRIA assume riscos ao contratar com o Poder Público, riscos esses que estão previstos no edital, e, portanto, são de conhecimento prévio do licitante, sendo, inclusive, computados em sua proposta.

De toda maneira, não custa aqui reiterar a importância dos estudos técnicos que embasaram a presente PPP, eis que considerados para definição do compartilhamento dos riscos do empreendimento objeto da concessão.



Da análise dos mecanismos previstos no referido ANEXO, depreende-se que o modelo foi adotado com a previsão de divisão de riscos entre as partes, que podem ser assim sintetizados:

- riscos de demanda, ou seja, de não se ter o volume de atendimentos projetado ou ajustado: o ESTADO garante o pagamento da parcela remuneratória mensal, equivalente a até 70% do volume de atendimentos projetado ou ajustado, risco esse estatal que é reduzido à medida que as projeções sofrem ajustamentos ao longo da concessão, e uma vez que o pagamento é atrelado ao desempenho da CONCESSIONÁRIA. Ressalte-se que a possibilidade de redução da remuneração por conta do desempenho estimula a CONCESSIONÁRIA a reverter eventual quadro indesejável;
- riscos do aumento de custos: a CONCESSIONÁRIA assume, salvo se decorrentes de alterações tributárias ou se tal aumento decorrer de algum evento imputado ao PODER CONCEDENTE ou por ele solicitado;
- riscos de ocorrência de força maior ou caso fortuito: o risco é do ESTADO, exceto quando seu seguro puder ser contratado junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência, ou quando houver apólices vigente que cubram o evento;
- riscos de inadimplência: são mitigados por conta das garantias oferecidas pelas partes e que podem ser utilizadas em caso de inadimplência.

Ressalte-se que, nos termos do ANEXO V, somente caberá reequilíbrio econômico-financeiro do contrato nos casos em que a ocorrência dos fatos ali arrolados resultar em variação do fluxo de caixa projetado do empreendimento, observada a distribuição dos riscos definida pelo modelo.

Não basta, por exemplo, que ocorram revisões nos parâmetros e medidores de desempenho pelo PODER CONCEDENTE, impondo-se, neste caso, a COMPROVAÇÃO EFETIVA dos encargos adicionais decorrentes, que implicaram na variação do fluxo de caixa.

O ANEXO adota uma fórmula para cálculo do fluxo de caixa marginal anual, de forma a demonstrar os efeitos dos eventos que deram causa ao pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ao que tudo indica, esta fórmula pretende chegar ao impacto do evento na concessão, o que deverá ser demonstrado em relatório técnico ou laudo pericial.

Neste contexto, o ANEXO prevê que o pedido de reequilíbrio deve ser instruído com relatório técnico ou laudo pericial, que demonstre o impacto financeiro verificado ou projetado na conta caixa da CONCESSIONÁRIA, com conseqüente variação do fluxo de caixa. O PODER CONCEDENTE, por sua vez, poderá requisitar outros documentos, assim como laudos econômicos, elaborados por entidades independentes contratadas pela CONCESSIONÁRIA.

121



De fato, a apuração do impacto do evento no fluxo de caixa da CONCESSIONÁRIA não parece ser tarefa fácil, notadamente quando a Administração se depara com a necessidade de averiguar as despesas apresentadas pela CONCESSIONÁRIA para fins de recomposição do equilíbrio contratual, o que, não raras vezes, dá-se quando já ocorrido o evento e já realizadas as despesas pela parceira privada.

O contrato procura reduzir os riscos de se ter um reequilíbrio baseado em preços que não correspondam aos valores de mercado, quando impõe à CONCESSIONÁRIA o dever de cotar três propostas de orçamento. Todavia, tal providência não afasta por completo os riscos, daí porque vale chamar a atenção do administrador para a necessidade de o ESTADO estruturar-se tecnicamente, para que tenha condições de analisar eventuais laudos técnicos e econômicos que sejam apresentados pela CONCESSIONÁRIA. Aliás, a criação de mecanismos internos para controle das despesas da CONCESSIONÁRIA em situações ensejadoras de reequilíbrio econômico-financeiro é medida que se impõe, em prol de uma adequada aplicação de recursos públicos.

No que tange à recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato decorrente de *“novos investimentos ou serviços solicitados pelo PODER CONCEDENTE e não previstos no contrato”*, cumpre alertar para o fato de que o ESTADO não pode solicitar novo investimento ou serviço que fuja ao objeto da concessão administrativa. Em outras palavras, **“novos” investimentos ou “novos” serviços só podem ser solicitados pelo ESTADO se estiverem dentro do escopo contratual, sob pena de inovação de objeto, não admitida em lei.**

Nos termos do ANEXO V, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderá ocorrer mediante indenização, alteração do prazo contratual, revisão geral dos valores ou da fórmula de cálculo da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA ou do VPA, revisão do cronograma de investimentos da CONCESSIONÁRIA, ou mediante combinação dos mecanismos anteriores, cabendo ao ESTADO a escolha pela medida que melhor atende ao interesse público.

### **2.3. DOS REQUISITOS FORMAIS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE**

Eis o que dispõe o art10 da Lei Federal nº 11.079/04, *in verbis*:

*“Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:*

*I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:*

*a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;*





*b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e*

*c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;*

*II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;*

*III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;*

*IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;*

*V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;*

*VI – submissão da minuta de edital de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (seve) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e*

*VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.”*

A Lei Estadual 14.868/03, por sua vez, prevê os requisitos necessários aos projetos de PPP, a saber:

*“Art. 10 - Os projetos de parceria público-privada encaminhados ao CGP, sem prejuízo dos requisitos estabelecidos em regulamento, deverão conter estudo técnico que demonstre, em relação ao serviço, obra ou empreendimento a ser contratado:*

*I - a vantagem econômica e operacional da proposta para o Estado e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos, relativamente a outras possibilidades de execução direta ou indireta;*

*II - a viabilidade dos indicadores de resultado a serem adotados, em função da sua capacidade de aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e quantitativos, bem*



*como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos;*

*III - a viabilidade de obtenção pelo ente privado, na exploração do serviço, de ganhos econômicos suficientes para cobrir seus custos;*

*IV - a forma e os prazos de amortização do capital investido pelo contratado;*

*V - a necessidade, a importância e o valor do serviço em relação ao objeto a ser executado.*

*Parágrafo único. Fica assegurado acesso público aos dados e às informações que fundamentem o estudo técnico de que trata este artigo."*

Em seu art.12, inciso IV, a Lei Estadual nº 14.868/2003 exige a apresentação pelo contratante, *"de estudo do impacto orçamentário-financeiro do contrato no exercício em que deva entrar em vigor e nos subseqüentes, abrangida a sua execução integral".*

Note-se, aqui, que os próprios requisitos formais exigidos na legislação vigente vêm ratificar o que, a todo tempo, foi exaltado no presente parecer, que é a extrema importância, para sucesso do presente Projeto PPP, dos prévios e minuciosos estudos técnicos de viabilidade realizados pela equipe de elaboração do modelo de parceria público-privada, que devem, de fato, assegurar a viabilidade do 'empreendimento' que se pretende promover, com garantia de adequada aplicação de recursos públicos, sem comprometimento do orçamento estadual.

Em suma, todo projeto PPP demanda trabalho técnico exaustivo, extremamente importante para o sucesso da parceria, pois deve ser capaz de assegurar ao administrador público competente que se trata de opção administrativa que prima por uma adequada utilização de recursos públicos e pela observância à legislação pertinente, em todos os seus aspectos, formais e legais.

Com efeito, antes de se publicar o edital de licitação em comento, o Administrador deve se assegurar não só de que as minutas do edital e respectivos anexos encontram-se dentro da legalidade, mas, sobretudo, se foram cumpridas todas as formalidades previstas na legislação, que refletem uma preocupação do legislador em admitir a adoção da PPP apenas quando essa se revelar opção administrativa capaz de alcançar o interesse público, considerando todos os seus aspectos (econômicos, eficiência, etc).

**Neste contexto, cumpre ressaltar que o presente expediente não veio instruído com qualquer documento que comprove o cumprimento de todas as formalidades previstas na legislação, a exemplo do art.10 da Lei Federal nº 11.079/2004 e arts. 10 e 12 da Lei nº 14.868/2003, razão pela qual esta Consultoria Jurídica, neste momento, limitou-se a analisar o conteúdo do edital de licitação e respectivos anexos (I a VI).**



**A deflagração do processo licitatório, contudo, fica condicionada ao cumprimento de todos os requisitos formais previstos na legislação, que deverão ser comprovados nos autos e objeto de manifestação jurídica prévia.**

### 3. CONCLUSÃO

Em face do exposto, o edital de licitação com vistas à seleção da proposta mais vantajosa para contratação de parceria público-privada na modalidade de concessão administrativa, para a implantação, operação e manutenção das Unidades de Atendimento Integrado (UAI), nos municípios de Araçuaí, Barbacena, Belo Horizonte, Caratinga, Contagem, Coronel Fabriciano, Curvelo, Diamantina, Divinópolis, Lavras, Muriaé, Paracatu, Passos, Patos de Minas, Poços de Caldas, Ponte Nova, Pouso Alegre, São João Del Rei, São Sebastião do Paraíso, Sete Lagoas, Teófilo Otoni e Uberaba, em conformidade com a Lei Federal nº 11.079/2004 e a Lei Estadual nº 14.868/2003, encontra-se em conformidade com a legislação vigente (Lei Federal nº 11.079/2004, Lei 14.868/2003, Lei Federal nº 8.987/2005 e Lei Federal nº 8.666/93).

**A publicação do edital, no entanto, fica condicionada ao cumprimento de todos os requisitos formais previstos na legislação, ex vi, art.10 da Lei Federal nº 11.079/2004 e arts. 10 e 12 da Lei Estadual nº 14.868/2003, que deverão ser comprovados nos autos e objeto de manifestação jurídica a tempo e modo.**

Por fim, não custa reiterar a alerta no sentido de que o administrador público deve ter segurança de que os mecanismos de pagamento da remuneração definidos no edital e seus Anexos foram frutos de estudos técnicos compromissados e confiáveis, eis que refletem a divisão de riscos da concessão, e, via de consequência, a própria viabilidade do projeto.

É o parecer.  
À consideração superior.  
Belo Horizonte, 21 de março de 2013.

*Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo*  
**Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo**  
Procuradora do Estado  
OAB/MG nº 69.844/ MASP nº 1127022-0

APROVO. EM 10/04/2013  
*Marco Antônio Rebelo Romanelli*  
**Marco Antônio Rebelo Romanelli**  
Advogado-Geral do Estado  
OAB/MG 32.060 - Masp.: 278.884

"APROVADO EM 10/04/13"

*Sérgio Pessoa de Paula Castro*  
**Sérgio Pessoa de Paula Castro**  
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica  
Masp.: 592.222-8 - OAB/MG 62.597